GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle : 31343C
Inscrit le 27 août 2012

Audience publique du 7 mars 2013

Appel formé par
l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg
contre
un jugement du tribunal administratif du 20 juillet 2012 (n° 29234 du rôle)
dans un litige l'opposant à
la société anonyme ... ..., …,
en matière d'impôt sur le revenu des collectivités et d'impôt commercial communal

----

Vu l'acte d'appel, inscrit sous le numéro 31343C du rôle, déposé au greffe de la Cour administrative le 27 août 2012 par Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS pour compte de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, sur base d'un mandat afférent lui conféré par le ministre des Finances le 17 août 2012, dirigé contre un jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 20 juillet 2012, par lequel ledit tribunal a déclaré justifié le recours introduit par la société anonyme ... ... S.A., établie et ayant son siège social à L-…, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B …, représentée par « *ses organes en fonction* », et tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'un bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités et d'un bulletin de l'impôt commercial communal, les deux relatifs à l'année 2007 et émis par le bureau d'imposition Sociétés 2 en date du 23 décembre 2009, de manière à avoir, par réformation des bulletins déférés, dit que la somme de … euros perçue par la demanderesse en raison de la cession de l'usufruit d'une partie de sa participation dans la société ... … S.p.A. qualifie pour l'application du régime d'exonération prévu par l'article 166 LIR, renvoyé le dossier en prosécution de cause devant le bureau d'imposition, dit qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur le recours subsidiaire en annulation et condamné l'Etat aux frais ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 17 septembre 2012 par Maître Jean-Pierre WINANDY, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour compte de la société anonyme ... ... ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 17 octobre 2012 par Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS pour compte de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe de la Cour administrative le 8 novembre 2012 par Maître Jean-Pierre WINANDY pour compte de la société anonyme ... ... ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS et Maître Jean-Pierre WINANDY en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 4 décembre 2012.

Par courrier du 27 novembre 2009, le bureau d'imposition Sociétés 2 du service d'imposition de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « *bureau d'imposition* », adressa, en application du § 205 (3) de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, appelée « *Abgabenordnung* », en abrégé « *AO* », à la société anonyme ... ... S.A., ci-après dénommée la « *société ... ...* », des projets d'imposition pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal visant l'année 2007, tout en l'invitant à présenter ses objections éventuelles avant le 17 décembre 2009. Le projet d'imposition à l'impôt sur le revenu des collectivités comporta l'information suivante :

« *Revenus exonérés de participations importantes : L'article 166 LIR et le règlement grand-ducal du 24.12.1990 pris en exécution de son alinéa 5b) ne visent que les participations qui appartiennent en pleine propriété à la société mère.*

De fait, l'exonération du dividende prévue par l'article 166, al. 1er LIR, est subordonnée à la détention d'une participation directe dans le capital de la filiale distributrice, c-à-d qu'à défaut de posséder la pleine propriété des titres, un usufruitier n'aura pas droit au régime des sociétés mère et filiales prévu par l'article 166 alinéa 1er LIR.

Par application correspondante, la cession du seul usufruit d'une participation ne saurait qualifier pour l'exonération des plus-values ».

Par courrier du 2 décembre 2009, la société ... ... formula ses objections à l'égard de ces projets d'imposition en se prévalant en substance de l'article 108*bis* de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, en abrégé « *LIR* », par application duquel la plus-value réalisée sur la cession de l'usufruit devrait être exonérée.

Le 23 décembre 2009, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société ... ... un bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités et un bulletin de calcul de la base d'assiette globale et de l'impôt commercial communal, les deux relatifs à l'année 2007 et en substance conformes aux projets d'imposition communiqués avec le courrier prévisé du 27 novembre 2009. Le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités comporte l'information suivante :

« *L'imposition diffère de la déclaration sur les points suivants* […]

Revenus exonérés de participations importantes : L'article 166 LIR et le règlement grand-ducal du 24.12.1990 pris en exécution de son alinéa 5b) ne visent que les participations qui appartiennent en pleine propriété à la société mère.

De fait, l'exonération du dividende prévue par l'article 166, al. 1er LIR, est subordonnée à la détention d'une participation directe dans le capital de la filiale distributrice, càd qu'à défaut de posséder la peine propriété des titres, un usufruitier n'aura pas droit au régime des sociétés mère et filiales prévu par l'article 166 al. 1er LIR.

Par application correspondante, la cession du seul usufruit d'une participation ne saurait qualifier pour l'exonération des plus-values. Quant à votre prise de position du 2 décembre 2009 (entrée le 17 décembre 2009), il y a lieu d'opposer que la S.A. ... ... ne réalise que du bénéfice commercial (art. 10, numéro 1 L.I.R.), que l'article 108bis LIR (qui est invoqué à travers la pré-évoquée missive) ne se rapporte par contre qu'aux revenus nets autres que bénéfices, c-à-d à ceux visés par l'article 10, numéros 4-8 LIR, ce constat se trouvant supplémentairement corroboré par le numéro 12 de l'annexe du règl. gr.-d. modifié du 3 décembre 1969 portant exécution de l'article 162 LIR, de sorte que le projet d'imposition du 27 novembre 2009 (application du par. 205 (3) AO) est maintenu aux fins de la présente assiette définitive (IRC/ICC 2007) ».

Par courrier de son mandataire de l'époque du 3 mars 2010, la société ... ... fit introduire une réclamation à l'encontre de ces bulletins auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « *directeur* ».

Cette réclamation étant restée sans réponse de la part du directeur, la société ... ... fit introduire, par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 6 octobre 2011, un recours contentieux tendant à la réformation, sinon à l'annulation des prédits bulletins du 23 décembre 2009.

Dans son jugement du 20 juillet 2012, le tribunal administratif reçut le recours principal en réformation en la forme.

Quant au fond, le tribunal rappela d'abord que la demanderesse, titulaire de 99,70 % des actions de la société de droit italien ... S.P.A., ci-après désignée par la « *société* ... », avait cédé, pour une durée de cinq ans, l'usufruit d'une partie de sa participation dans ladite société contre paiement d'une somme totale de … euros par voie de compensation avec des obligations émises par elle et détenues par l'acquéreur de l'usufruit, soit un montant de … euros par an, représentant 1/5ième de la somme totale de la contrepartie de la cession de l'usufruit, et qu'elle soutenait que les sommes ainsi touchées en vertu du contrat de cession de l'usufruit devraient être exonérées par application de l'article 166 LIR, combiné avec l'article 108*bis* LIR, sinon l'article 11 LIR, sinon avec le § 11 de la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934, dite « *Steueranpassungsgesetz* », en abrégé « *StAnpG* ». Le tribunal constata encore que, suivant le dernier état des conclusions respectives, les parties étaient d'accord, sur base d'une juste application des dispositions légales en la matière, pour retenir que l'article 108*bis* LIR n'est pas applicable en l'espèce dans la mesure où la demanderesse est une société de capitaux réalisant un bénéfice commercial.

Ensuite, le tribunal déduisit des dispositions de l'article 166 (1) et (2) LIR que les revenus d'une participation dans le capital social d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités détenue directement par une société anonyme résidente pleinement imposable, sont exonérés de l'impôt sur le revenu des collectivités lorsque, à la date de la mise à disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 pour cent ou le prix d'acquisition au-dessous de … euros, tout en précisant que l'article 166 LIR vise tant les revenus d'une

participation au sens du paragraphe (1), que les revenus dégagés par la cession de la participation au sens du paragraphe (9) dudit article 166 LIR.

Le tribunal dégagea de l'examen de la convention de cession du 27 février 2007 que la demanderesse avait cédé, pour une durée de cinq ans, l'usufruit sur une partie de la participation qu'elle détenait dans la société ... contre paiement d'un prix plus amplement défini à l'article 2 de ladite convention et qu'à défaut d'autres précisions quant aux droits attachés à l'usufruit ayant été transféré pour la durée de cinq ans, il y avait lieu d'admettre que la cession avait porté exclusivement sur le droit aux dividendes et non pas, comme l'entendait la partie étatique, sur « *l'usufruit intégral* […], *y compris tous les droits et pouvoirs inhérents à la propriété de la participation* », les autres droits attachés aux actions, tel que le droit de vote, étant restés entre les mains de la demanderesse en tant que nue-propriétaire.

Le tribunal en tira d'abord la conclusion que, dans la mesure où le transfert opéré en l'espèce avait porté uniquement sur l'usufruit, la demanderesse gardant la nue-propriété de la participation, et était par ailleurs limité dans le temps, à savoir pour une durée de cinq ans, le transfert ne saurait être qualifié de cession d'une participation au sens du paragraphe (9) de l'article 166 LIR, qui présuppose le transfert de la propriété juridique ou pour le moins de la propriété économique du bien.

Par rapport à une éventuelle qualification comme revenus d'une participation au sens des paragraphes (1) et (2) de l'article 166 LIR, le tribunal admit que les sommes ainsi touchées par la demanderesse étaient à qualifier comme un revenu de remplacement au sens de l'article 11 LIR, au motif que le montant annuel touché en l'espèce était à considérer comme une somme perçue en remplacement de la perception des dividendes, le législateur ayant plus précisément envisagé à travers l'article 11 LIR l'hypothèse de la cession d'un usufruit, tel que cela se dégagerait des documents parlementaires cités par la demanderesse, de sorte que le revenu touché en l'espèce était à ranger dans la catégorie de revenu à laquelle il se substituait, à savoir les dividendes.

Le tribunal examina encore la condition d'application du régime d'exonération prévu à l'article 166 (1) LIR tirée de ce que le revenu doit provenir de la détention d'une participation directe au sens dudit article 166 LIR et estima qu'à défaut de définition de la notion de détention à l'article 166 LIR, il y avait en principe lieu de se référer à la disposition générale du § 11 StAnpG concernant l'imputation personnelle de revenus et de biens et plus particulièrement à la notion de « *Eigenbesitzer* » y prévue pour en déduire que le régime des sociétés mère et filiales profite à la société mère qui est propriétaire juridique de la participation, à moins que la propriété économique déterminée conformément aux dispositions du § 11 StAnpG n'appartienne à un autre contribuable, entraînant que ce serait la propriété économique qui devrait l'emporter dans un tel cas. Le tribunal considéra qu'en l'espèce, il n'y avait eu transfert de la propriété ni juridique, ni économique vers l'usufruitier, la demanderesse gardant en sa qualité de nue-propriétaire tous les droits attachés aux actions, à l'exception du droit aux dividendes, de manière que la demanderesse était à considérer comme détenteur de la participation ayant généré les revenus litigieux. Le tribunal conclut que c'était à tort que le bureau d'imposition avait refusé de faire application en l'espèce de l'article 166 LIR aux revenus provenant du transfert de l'usufruit attaché à la participation détenue par la demanderesse dans le capital de la société ....

Le tribunal rejeta encore l'argumentation étatique, fondée sur les travaux parlementaires relatifs au projet de loi n° 4361 modifiant certaines dispositions de la loi concernant l'impôt sur le revenu, de la loi sur l'évaluation des biens et valeurs et de la loi générale des impôts, suivant laquelle le régime des sociétés mère et filiales ne s'appliquerait

pas en cas de démembrement de la propriété. Il renvoya à un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne, ci-après désignée par la « *CJUE* », du 22 décembre 2008 (affaire C-48/07) qui aurait certes retenu que la notion de participation dans le capital d'une société, au sens de l'article 3 de la directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, ci-après désignée par la « *directive 90/435* », ne s'étend pas à la détention de parts en usufruit, mais aurait précisé d'un autre côté que dans l'espèce dont elle était saisie, celui qui détenait en tant que nu-propriétaire des parts dans le capital d'une société était à considérer comme associé et que cette participation remplirait le critère de « *participation dans le capital* » au sens de l'article 3 de ladite directive. Le tribunal en déduisit qu'au regard de la jurisprudence de la CJUE sur l'interprétation de la notion de « *participation dans le capital* » au sens de la directive 90/435, à la lumière de laquelle le régime d'exonération des sociétés mères et filiales tel que régi par l'article 166 LIR et plus particulièrement la notion de « *participation* » doit être interprété, le fait qu'un démembrement de la propriété des parts sociales a été opéré n'exclut pas l'application du régime d'exonération des sociétés mères et filiales prévu par la directive 90/435.

Sur base de ces développements, le tribunal déclara le recours principal en réformation justifié et retint, par réformation des bulletins déférés, que la somme de ... euros perçue par la demanderesse en 2007 en raison de la cession de l'usufruit d'une partie de sa participation dans la société ... qualifie pour l'application du régime d'exonération prévu par l'article 166 LIR. En conséquence, le tribunal renvoya le dossier en prosécution de cause devant le bureau d'imposition, dit qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur le recours subsidiaire en annulation et condamna l'Etat aux frais.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 27 août 2012, l'Etat a fait relever appel de ce jugement du 20 juillet 2012.

A l'appui de son appel, l'Etat reproche aux premiers juges d'avoir qualifié à tort la somme en cause de ...euros comme un revenu de remplacement au sens de l'article 11 LIR et de l'avoir partant traité comme dividende exonéré sur pied de l'article 166 LIR. Il leur reproche pareillement une lecture, voire une interprétation erronée de l'arrêt de la CJUE du 22 décembre 2008 et une mise en échec de l'intention du législateur national sur base de cette jurisprudence.

L'Etat estime que cette analyse erronée du cas d'espèce reposerait sur l'omission des premiers juges d'avoir pris en considération les faits à la base de la convention litigieuse. Ainsi, il se dégagerait de l'analyse de la convention de cession du 27 février 2007 que l'usufruit aurait tout simplement été vendu au sieur ... pour un prix déterminé et la société ... ... aurait déclaré l'opération litigieuse comme telle en annexe à sa déclaration fiscale pour l'année 2007.

Selon l'Etat, les premiers juges auraient en outre négligé de s'interroger sur la réalité économique de la cession litigieuse au vu des résultats reportés et courants de la société ... renseignés par ses comptes sociaux, lesquels n'auraient aucunement permis, tant économiquement que juridiquement, d'allouer des dividendes à ses actionnaires, de manière que l'on n'aurait pas pu raisonnablement tabler, à la date du 27 février 2007, sur une perspective de distribution de dividendes annuels à hauteur de … euros de la part de cette société et qu'un tiers averti et avisé n'aurait dès lors certainement pas acquis pour un prix de … euros et pour une période limitée à cinq ans l'usufruit de 52,733% des actions de la société .... Par voie de conséquence, l'absence de distribution de dividendes au titre des cinq années visées dans la convention litigieuse devrait entraîner de manière logique l'absence d'un quelconque revenu de remplacement.

En droit, l'Etat estime que les premiers juges auraient méconnu l'objectif primordial du privilège des sociétés mères et filiales qui consisterait à permettre à la société mère d'encaisser en exemption d'impôt les dividendes en provenance de sa filiale déjà imposée sur les bénéfices distribués afin d'éviter une double imposition économique du même revenu et d'assurer la neutralité fiscale des groupes d'entreprises. D'après l'Etat, une application correcte de ces principes au cas d'espèce aurait impliqué le constat que la société filiale ... n'aurait pas été en mesure de distribuer des dividendes au vu de sa situation financière de l'époque, de sorte qu'une perspective raisonnable de distributions n'aurait pas existé et qu'il serait injustifié de qualifier le prix obtenu par l'intimée pour la cession d'usufruit litigieuse comme revenu de substitution à assimiler à des dividendes. Par voie de conséquence, l'analyse du tribunal suivant laquelle il y aurait lieu d'admettre que la cession aurait porté sur le seul droit aux dividendes et non pas sur l'usufruit intégral serait complètement erronée.

Par rapport à l'arrêt de la CJUE du 22 décembre 2008, l'Etat estime que les premiers juges auraient mal interprété cette décision de justice puisqu'elle aurait en réalité confirmé l'analyse faite sur base des travaux parlementaires de la loi luxembourgeoise et retenu qu'on ne saurait interpréter la notion de participation dans le capital d'une société d'un autre Etat membre en ce sens qu'elle s'étendrait à la détention de parts en usufruit.

Le représentant étatique rappelle enfin que le bureau d'imposition aurait encore refusé à juste titre le bénéfice de l'exonération sollicitée par l'intimée au titre de la cession du seul usufruit d'une participation, l'exonération étant réservée aux participations appartenant en pleine propriété à la société-mère, tandis qu'en l'espèce, un prix aurait été encaissé en contrepartie de la cession d'un élément de propriété démembrée d'une participation. Cette exclusion serait conforme à la volonté du législateur telle qu'exprimée dans le projet de loi n° 4361, prévisé, d'autant plus que dans l'hypothèse d'une extension de l'exonération aux participations démembrées des dispositions spécifiques quant au traitement fiscal de ces opérations, dont surtout au niveau de l'évaluation du prix d'acquisition, auraient dû être prévues.

L'intimée soulève d'abord le moyen d'irrecevabilité de l'argumentation étatique tendant à voir dénier la réalité économique de la cession litigieuse au vu des résultats reportés et courants de la société ... renseignés par ses comptes sociaux, lesquels n'auraient aucunement permis, tant économiquement que juridiquement, d'allouer des dividendes à ses actionnaires, de manière que l'on n'aurait pas pu raisonnablement tabler, à la date du 27 février 2007, sur une perspective de distribution de dividendes annuels et qu'un tiers averti et avisé n'aurait dès lors certainement pas acquis pour un prix de … euros et pour une période limitée à cinq ans l'usufruit de 52,733% des actions de la société .... L'intimée estime que cette argumentation constituerait en réalité une demande nouvelle non présentée devant le tribunal qui serait ainsi irrecevable pour être prohibée par l'article 41 (2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

On entend par demande nouvelle en appel la demande qui diffère de celle contenue dans la requête introductive de première instance par son objet, par sa cause ou par les personnes entre qui elle est engagée, tandis que par moyen nouveau, on entend la raison de droit ou de fait invoquée pour la première fois par devant la Cour à l'appui d'une prétention (Cour adm. 28 avril 2011, n° 27626C du rôle, disponible sur www.jurad.etat.lu). Or, l'argumentation étatique prévisée s'analyse en un moyen nouveau et non pas en une demande nouvelle. En effet, telle que précisée ci-avant, cette argumentation ne tend pas à obtenir la réformation ou l'annulation d'un acte séparé non encore déféré, mais elle s'analyse

en un moyen supplémentaire à l'appui de sa demande de voir rejeter le recours en réformation, sinon en annulation introduit par l'intimée.

Par voie de conséquence, l'argumentation en cause du délégué du gouvernement ne rentre pas dans le champ de la prohibition des demandes nouvelles en appel prévue par l'article 41 (2) de la loi prévisée du 21 juin 1999 et l'appel étatique est partant recevable dans son intégralité pour avoir été introduit par ailleurs dans les formes et délai de la loi.

Quant au fond de l'argumentation étatique, l'intimée fait d'abord valoir que la cession d'usufruit aurait porté sur la période quinquennale s'étalant de février 2007 à février 2012, tandis que les extraits de comptes sociaux produits par le délégué du gouvernement couvriraient la période de 2004 à 2009, de sorte que ces extraits ne prouveraient en rien que des dividendes n'auraient pas pu être distribués en 2010, 2011 et au début de l'année 2012. Elle ajoute que, même en admettant que des dividendes n'auraient pas pu être distribués en l'absence de bénéfices réalisés durant ces périodes, il ne faudrait pas oublier que lors de l'appréciation de la réalité économique d'une transaction, il faudrait se situer dans la même situation que le contribuable au moment où il a conclu le contrat en cause et non pas dans celle telle qu'elle existerait des années plus tard avec le bénéfice inhérent du recul dans le temps. Or, l'année 2007 aurait précédé la crise ayant déferlé sur le monde à partir du milieu de l'année 2008 et qui aurait mis à néant beaucoup de prévisions économiques antérieures qui auraient pu être considérées comme réalistes au moment de leur établissement, mais qui se seraient avérées nettement trop optimistes au vu des événements survenus à partir de l'année 2008. L'intimée fait encore avancer qu'un autre élément qui confirmerait qu'une approche rétrospective aurait été appliquée en l'espèce serait constitué par le fait que le bureau d'imposition n'aurait pas invoqué l'argument du défaut de la réalité économique en novembre 2009 au moment de préparer les bulletins d'imposition.

L'intimée considère encore qu'un caractère aléatoire serait tout à fait inhérent au contrat d'usufruit en ce qu'au moment de la cession du droit d'usufruit à titre onéreux, le prix touché pourrait s'avérer soit excessif soit insuffisant en fonction des revenus effectivement produits dans le futur par le bien sur lequel porte l'usufruit et les documents parlementaires relatifs à la LIR, lorsqu'ils s'expriment sur le concept de revenu de remplacement, ne feraient en aucun endroit dépendre la solution préconisée d'une condition de réalisation de revenus au moins équivalents au prix de cession par l'usufruitier.

Dans un autre ordre d'idées, l'intimée relève que le délégué du gouvernement aurait pris « *certaines libertés* » dans ses citations doctrinales et de décisions jurisprudentielles et réitère ces citations dans leur teneur complète. Elle considère ensuite que la partie étatique essaierait de se départir du cas sous examen en ce qu'il s'agirait en l'occurrence non pas de l'imposition de l'usufruitier, qui ne serait pas partie à la présente procédure, mais de l'imposition du nu-propriétaire qui serait, pour sa part, détenteur d'une participation qualifiant en principe pour le privilège des sociétés mères et filiales.

L'appelante invoque à ce stade l'arrêt de la CJUE du 22 décembre 2008 pour reprocher au délégué du gouvernement d'en tirer des conclusions non correctes, au motif que cet arrêt confirmerait « *sans le moindre doute possible* » que le privilège des sociétés mères et filiales s'appliquerait au titre détenu en nue-propriété et ce contrairement à la position défendue dans les documents parlementaires invoqués en première instance par le délégué du gouvernement.

Dès lors, la thèse de la partie étatique selon laquelle la CJUE confirmerait les documents parlementaires luxembourgeois serait manifestement intenable et il faudrait conclure que l'intimée, en vertu de son droit de nue-propriété, détiendrait une participation

remplissant les conditions du privilège des sociétés mères et filiales, de manière qu'il faudrait admettre que les revenus par elle touchés en vertu de cette participation tomberaient dans le champ d'application de l'article 166 LIR en tant que revenus de remplacement tirés de la cession de l'usufruit devant subir le même sort que les revenus qui auraient été touchés en l'absence de démembrement de la propriété, en l'occurrence les dividendes.

Liminairement, la Cour rejoint les premiers juges en ce qu'ils ont retenu, par une juste application des dispositions légales en la matière, que l'article 108*bis* LIR n'est pas applicable en l'espèce dans la mesure où la société revêt la forme d'une société de capitaux réalisant un bénéfice commercial, les parties ayant par ailleurs été d'accord sur ce point suivant le dernier état de leurs conclusions respectives en première instance et n'étant plus revenues sur cette question en instance d'appel.

L'article 166 LIR, dans sa teneur applicable à l'année fiscale 2007 telle que lui conférée par la loi du 21 décembre 2007 portant

– transposition de la directive 2005/19/CE modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents;

– transposition de la directive 2006/98/CE portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la fiscalité, en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie, dans la mesure où cette directive a trait au domaine de la fiscalité directe;

– modification de certaines autres dispositions en matière des impôts directs, ci-après désignée par la « *loi du 21 décembre 2007* », dispose comme suit :

« *(1) Les revenus d'une participation détenue par : 1. un organisme à caractère collectif résident pleinement imposable et revêtant une des formes énumérées à l'annexe de l'alinéa 10* [parmi lesquelles figurent les sociétés anonymes de droit luxembourgeois], […] *sont exonérés lorsque, à la date de la mise à la disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois et que pendant cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 pour cent ou le prix d'acquisition au-dessous de 1.200.000 euros.*

(2) L'exonération s'applique aux revenus qui proviennent d'une participation au sens de l'alinéa 1er détenue directement dans le capital social :

1. d'un organisme à caractère collectif visé par l'article 2 de la directive modifiée du Conseil des CEE du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents (90/435/CEE),

2. d'une société de capitaux résidente pleinement imposable non énumérée à l'annexe de l'alinéa 10,

3. d'une société de capitaux non-résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités ».

En vertu de l'article 166 (9) LIR, « *Un règlement grand-ducal pourra :*

1. étendre l'exonération, sous les conditions et modalités à déterminer, aux revenus dégagés par la cession de la participation […] ».

En exécution de cette disposition légale, le règlement grand-ducal modifié du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166 (9) numéro 1 LIR, désigné ci-après par le « *règlement grand-ducal du 21 décembre 2001* », dispose en son article 1er (1) que : « *lorsqu'un contribuable visé à l'article 166, alinéa 1er, numéros 1 à 5, cède des titres d'une participation directe détenue dans le capital social d'une société visée à l'alinéa 2, numéros*

1 à 3 du même article, le revenu dégagé par la cession est exonéré, lorsqu'à la date de l'aliénation des titres le cédant détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10% ou le prix d'acquisition au-dessous de 6.000.000 euros. […] ».

Il se dégage des dispositions de l'article 166 (1) et (2) LIR que les revenus provenant d'une participation dans le capital social d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités sont exonérés de l'impôt sur le revenu des collectivités dans le chef d'une société anonyme résidente pleinement imposable bénéficiaire de ces revenus sous condition que cette dernière, à la date de la mise à la disposition des revenus, détienne ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 pour cent ou le prix d'acquisition au-dessous de … euros.

Il en découle que la participation doit être « *détenue* » par la société invoquant l'exonération des revenus provenant de cette participation.

Or, même si la notion de détention ne se trouve pas autrement définie à l'article 166 LIR, de manière que l'on peut se référer à la disposition générale du § 11 StAnpG concernant l'imputation personnelle de revenus et de biens, il se dégage cependant clairement des travaux parlementaires relatifs à la loi du 23 décembre 1997 modifiant certaines dispositions de la loi concernant l'impôt sur le revenu, de la loi sur l'évaluation des biens et valeurs et de la loi générale des impôts, ci-après désignée par la « *loi du 23 décembre 1997* », laquelle a remplacé le texte de l'article 166 LIR par une nouvelle version seulement modifiée et complétée par les lois subséquentes, que « *tout comme dans le passé, le régime des sociétés mères et filiales s'applique exclusivement aux titres détenus en pleine propriété. Ni la directive, ni l'article 166, ni le règlement grand-ducal du 24 décembre 1990 portant exécution de l'article 166, alinéa 5 b) ne prévoient une habilitation visant à étendre l'exonération aux participations démembrées en usufruit et en nue-propriété* » (projet de loi modifiant certaines dispositions de la loi concernant l'impôt sur le revenu, de la loi sur l'évaluation des biens et valeurs et de la loi générale des impôts, doc. parl. n° 4361, p. 41).

Force est partant à la Cour de conclure que la notion de détention doit être interprétée, conformément à l'intention clairement exprimée par le législateur, en ce sens qu'elle implique dans le chef du bénéficiaire des revenus la qualité de titulaire de tous les droits inhérents à la pleine propriété des titres constituant la participation afin de pouvoir bénéficier de l'exonération des revenus produits par la participation.

En ce qui concerne l'article 166 (9) et l'article 1er du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant sur le régime des revenus de cessions de participations, il y a lieu d'admettre que ces dispositions se fondent sur la même prémisse de la détention de la participation en pleine propriété et que l'extension de « *l'exonération ... aux revenus dégagés par la cession de la participation* » se limite aux opérations portant cession de l'intégralité des droits rattachés à la pleine propriété des titres, l'article 1er du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 visant exclusivement l'hypothèse où une société visée par l'article 166 (1) LIR « *cède des titres d'une participation directe détenue dans le capital social* ».

Dans ces conditions, il y a lieu de confirmer les premiers juges dans leur analyse que le transfert litigieux en l'espèce, en ce qu'il a porté uniquement sur l'usufruit des actions de la société ..., tandis que l'intimée a conservé la nue-propriété de la participation et au-delà du

fait qu'il était limité dans le temps à une période de cinq ans, ne saurait être qualifié de cession d'une participation au sens de l'article 166 (9) LIR.

Afin de vérifier si les sommes perçues par l'intimée en contrepartie de la cession de l'usufruit en cause peuvent être qualifiées comme de revenus de la participation à sa base, il convient d'examiner le contenu de la convention de cession litigieuse du 27 février 2007.

Conformément au préambule de cette convention, combiné avec ses articles 1, 2 et 3, l'intimée a cédé, pour une durée de cinq ans, l'usufruit sur une partie de la participation qu'elle détient dans la société ... contre paiement d'un prix plus amplement défini à l'article 2 de ladite convention. En ce qui concerne la portée de cette cession, il convient de préciser que la convention stipule expressément qu'elle est régie par le droit luxembourgeois.

Dans ces conditions, la Cour ne partage pas l'analyse des premiers juges suivant laquelle, à défaut d'autres précisions quant aux droits attachés à l'usufruit ayant été transférés pour la durée de cinq ans, il y aurait lieu d'admettre que la cession a porté exclusivement sur le droit aux dividendes et non pas sur les autres droits attachés aux actions. En effet, il faut plutôt admettre qu'en l'absence de dispositions spécifiques dans la convention de cession, les parties ont opéré la cession de l'usufruit sur les actions y visées avec le transfert de toutes les prérogatives rattachées par les articles 582 à 599 du Code civil à l'*usus* et au *fructus* sur les biens. En ce qui concerne des parts sociales, ce transfert de l'usufruit implique entre autres le transfert au profit de l'usufruitier du droit de vote relatif aux décisions concernant l'affectation des bénéfices (A. STEICHEN : *Précis de droit des sociétés*, édit. St. Paul, p. 306). En outre, l'usufruit est un droit réel qui confère à l'usufruitier l'ensemble des pouvoirs qui traduisent sa qualité directement sur la chose sans avoir à se préoccuper du propriétaire (cf. Jurisclasseur, Code civil, art. 578 à 581, fasc. 10, p. 4). Cette qualification trouve également application dans le cadre de la comptabilisation d'une telle opération par une société commerciale et, en-dehors du champ d'application de l'article 108*bis* LIR imposant une qualification différente pour les seuls besoins de l'impôt sur le revenu dans le cadre des catégories de revenus auxquelles il s'applique, dès lors de même dans le cadre de l'établissement du bénéfice commercial pour les besoins de l'impôt sur le revenu par application du principe de l'accrochement du bilan fiscal au bilan commercial. Dans le même cadre, la contrepartie perçue par le nu-propriétaire pour le transfert de l'usufruit s'analyse partant en une plus-value ou moins-value dégagée par une cession partielle du droit de propriété sur le bien en question.

Par voie de conséquence, dans le cadre de la catégorie du bénéfice commercial, le produit reçu par le nu-propriétaire de parts sociales en contrepartie de la cession de l'usufruit de ces titres ne peut pas être qualifié comme « *revenus d'une participation* » au sens de l'article 166 (1) LIR, étant donné que cette notion couvre tous les revenus de la participation autres que les revenus générés par la cession totale ou partielle du droit de propriété de la participation (R. MOLITOR : *Sociétés mère et filiales*, Etudes fiscales, mai 2009, pp.149-150). Cette conclusion ne se trouve pas énervée par le renvoi erroné fait par les premiers juges à l'article 11 n° 1er LIR. En effet, la cession d'un droit d'usufruit par un contribuable réalisant un bénéfice commercial s'analyse en une opération de cession partielle d'un droit de propriété et le produit de cette cession représente partant une plus-value ou moins-value dégagée par cette cession et non pas un revenu en remplacement de la perception de dividendes, donc d'un revenu courant. Il y a lieu d'ajouter que l'extrait des travaux parlementaires de la LIR cité par les premiers juges (projet de loi n° 571, commentaire de l'article 14) n'est pas pertinent dans le cadre sous examen, vu que le traitement fiscal y tracé s'insère dans la logique de qualification applicable aux catégories de revenus visées aux

numéros 4 à 8 de l'article 10 qui a trouvé sa consécration légale à travers l'article 108*bis* LIR introduit dès l'année 1973.

D'un autre côté, même si l'octroi d'un usufruit s'analyse ainsi en une cession partielle du droit de propriété sur les titres en question, le produit reçu en contrepartie ne bénéficie pas, comme déjà retenu ci-avant, de l'exonération prévue par l'article 166 (9) LIR et par l'article 1er du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 du fait que l'opération ainsi réalisée ne porte pas cession de l'intégralité des droits rattachés à la pleine propriété des titres.

Il s'ensuit que le produit perçu par l'intimée sur base de la convention de cession litigieuse du 27 février 2007 en contrepartie de la cession, pour une durée de cinq ans, de l'usufruit sur une partie des titres de la société ... détenus par elle ne saurait bénéficier de l'exonération au titre du régime des sociétés mères et filiales prévu par l'article 166 LIR ni au titre de revenu de la participation, ni encore au titre de revenu dégagé par la cession de la participation.

Par rapport à l'argument de l'intimée tiré de la directive 90/435 et de l'arrêt précité de la CJUE du 22 décembre 2008, il convient de relever que, même si la CJUE a retenu que celui qui détenait en tant que nu-propriétaire des parts dans le capital d'une société était à considérer comme associé et que cette participation remplissait le critère de « *participation dans le capital* » au sens de l'article 3 de la directive 90/435, celle-ci ne s'applique, au vœu de son article 1er, qu'aux distributions de bénéfices et non pas aux produits de cessions partielles du droit de propriété sur des participations, de manière que cette directive n'a pas pour effet d'infirmer la solution ci-avant retenue sur base du droit interne.

Il découle de l'ensemble de ces développements que l'appel étatique est justifié et que le jugement entrepris encourt la réformation en ce sens que le recours principal en réformation de l'intimée est à rejeter comme étant non fondé.

PAR CES MOTIFS

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties en cause,

reçoit l'appel du 27 août 2012 en la forme,

au fond, le déclare justifié,

partant, par réformation du jugement entrepris, rejette le recours principal en réformation de l'intimée comme étant non fondé,

condamne l'intimée aux dépens des deux instances.

Ainsi délibéré et jugé par:

Francis DELAPORTE, vice-président,

Serge SCHROEDER, premier conseiller,

Martine GILLARDIN, conseiller,

et lu à l'audience publique du 7 mars 2013 au local ordinaire des audiences de la Cour par le vice-président, en présence du greffier en chef de la Cour Erny MAY.

s. MAY s. DELAPORTE